



Jurisprudential Examination of the Conclusion of the Contract of Istisna in the form of Ja'ala with the Approach of Criticizing the View of the Necessity of an Independent Contract

Mehdi Mohammadzadeh Banitarfi^{1*}, Mohammad Mehdi Nabizadeh²

1. Department of Islamic Education, Farhangian University, Tehran, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Islamic Studies, Arak University of Medical Sciences, Arak, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 1171-1186

Article history:

Received: 9 Sep 2023

Edition: 20 Nov 2023

Accepted: 12 Jan 2024

Published online: 24 Jan 2024

Keywords:

Istisnaa, necessary contract, Istisnaa contract, Jaala.

Corresponding Author:

Mehdi Mohammadzadeh Bani Tarfi

Address:

Iran, Tehran, Farhangian University,
Department of Islamic Education.

Orchid Code:

0009-0007-1721-6229

Tel:

09120950291

Email:

m.mohamadzadeh@CFU.AC.IR

ABSTRACT

Background and Aims: To examine the jurisprudential nature of the Istisnaa contract, the purpose of this article is to know the jurisprudence of the Istisnaa contract and to express its similarities and differences with the Jaala contract and to criticize the view of introducing the Istisnaa contract as an independent contract.

Materials and Methods: The article is descriptive and analytical and the library method was used.

Ethical Considerations: In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are observed.

Findings: The construction order is one of the contracts that has a long history in dealings between people, and clarifying its nature from the point of view of jurisprudence and law will clarify the rest of the rulings that arise as a result of this issue. In the last few years, the Central Bank has considered this contract as a necessary contract and as a result issued the rules on necessary contracts here, while it seems that this view is not correct and there have been many criticisms on this point of view, and if this contract takes place in the form of Jaala its purpose will be achieved, and the problems caused by the assumption that the contract is necessary will not occur.

Conclusion: Examining the pillars of Istisnaa contract such as demand and acceptance, the clarity of the characteristics of the thing that is going to be built, the builder and the customer clearly show that the title of a permissible contract, such as Jaala, can be better applied to them.

Cite this article as:

Mohammadzadeh Banitarfi M, Nabizadeh MM. Jurisprudential Examination of the Conclusion of the Contract of Istisna in the form of Ja'ala with the Approach of Criticizing the View of the Necessity of an Independent Contract. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



دوره پنجم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۲

بررسی فقهی انعقاد قرارداد استصناع در قالب جعاله با رویکرد نقد دیدگاه عقد مستقل لازم بودن آن

مهدی محمدزاده بنی‌طرفی^{۱*}، محمدمهدی نبی‌زاده^۲

۱. گروه آموزش معارف اسلامی، دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران.

۲. استادیار، گروه معارف اسلامی، دانشگاه علوم پزشکی اراک، اراک، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: بررسی ماهیت فقهی عقد استصناع، هدف مقاله حاضر شناخت فقهی عقد استصناع و بیان وجوه تشابه و تفاوت آن با عقد جعاله و نقد دیدگاه معرفی عقد استصناع به عنوان عقد مستقل است.

مواد و روش‌ها: مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است و در گردآوری داده‌ها از روش کتاب-خانه‌ای استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است. **یافته‌ها:** سفارش ساخت یکی از قراردادهایی است که سابقه طولانی در معاملات بین مردم دارد و معلوم گردیدن ماهیت آن از نظر فقهی و حقوقی موجب می‌شود بقیه احکامی که به تبع این مسئله مطرح می‌شوند نیز روشن گردد. بانک مرکزی در چند سال اخیر این قرارداد را عقدی لازم دانسته است و در نتیجه احکام عقود لازم را در اینجا جاری کرده است؛ درحالی‌که به نظر می‌رسد این برداشت صحیح نیست و نقدهای متعددی بر این دیدگاه وارد است و اگر این قرارداد در قالب جعاله واقع شود هم غرض از آن حاصل خواهد شد و هم اشکالات وارده در فرض عقد لازم بودن پیش نخواهد آمد.

نتیجه: بررسی ارکان عقد استصناع از قبیل ایجاب و قبول، مشخص بودن اوصاف چیزی که قرار است ساخته شود، سازنده و سفارش‌دهنده به‌خوبی نشان می‌دهد عنوان یک عقد جایز مانند جعاله بهتر قابل تطبیق بر آن‌ها است.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۱۷۱-۱۱۸۶

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۸

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۸/۲۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۲

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۱/۰۴

واژگان کلیدی:

استصناع، عقد لازم، قرارداد استصناع، جعاله.

نویسنده مسئول:

مهدی محمدزاده بنی‌طرفی

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه فرهنگیان، گروه آموزش معارف اسلامی.

کد ارکید:

۰۰۰۹-۰۰۰۷-۱۷۲۱-۶۲۲۹

تلفن:

۰۹۱۲۰۹۵۰۲۹۱

پست الکترونیک:

m.mohamadzadeh@CFU.AC.IR

۱. مقدمه

استنصاع را بین دو طرف محقق کرد یا خیر؟ البته باید بتوان اشکالات مطرح شده در این خصوص را نیز پاسخ داد.

در زمینه استنصاع چند احتمال می‌تواند راه یابد. استنصاع ممکن است بیع، اجاره، جعاله یا حتی یک قرارداد ترکیبی باشد. هر یک از این احتمالات دارای آثاری است. به‌عنوان مثال اگر از سنخ بیع باشد، همه احکام بیع و خیار در آن وارد خواهد شد و اگر از سنخ جعاله باشد، همه احکام جعاله بر آن جاری می‌گردد. از سوی دیگر ممکن است که استنصاع یک عقد مستحدث مستقل جدید باشد که در آن صورت، هم مشروعیت و هم مقومات و هم لوازم آن باید بر اساس فقه مسائل مستحدثت مورد بررسی واقع گردد. پس شناخت نوع و ماهیت آن می‌تواند در اصل معامله و همچنین لوازم آن در فقه و حقوق راه‌گشای حل مسائل باشد.

۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است و در گردآوری داده‌ها از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

امروزه معاملات و عقد قراردادهای با عناوین مختلف بین مردم گسترش یافته است. از جمله این قراردادها که اتفاقاً رواج چشم‌گیری داشته است قرارداد استنصاع یا همان سفارش ساخت است که به‌عنوان مثال می‌توان به ساخت توربین مورد نیاز سد که محصول معمول کارخانه سازنده است و یا سفارش تولید یک محصول جدید اشاره کرد. این نوع عقد علی‌الخصوص بعد از اعلام مجمع بین‌المللی فقه اسلامی مبنی بر عقد مستقل و لازم بودن این قرارداد، در بین ملت‌ها و کشورهای مسلمان شایع گشته و به عقدی متداول تبدیل شده است. حال مسئله اساسی و سوال اصلی در این است که آیا عقد استنصاع همان عقد جعاله می‌باشد و مندرج در آن است تا ثمن آن، احکام جعاله خاص را داشته باشد یا اینکه عقدی مستقل می‌باشد که خود احکام و شرایط خاص خود را داراست؟ برای پاسخ به این مسئله ناگزیر باید اول استنصاع را از حیث ماهیت، معنا، اصطلاح و ارکان تحقق آن تبیین کرد، آنگاه حد فرق و تفاوت بین استنصاع و جعاله را در صورتی که استنصاع را قرارداد و عقد مستقل بدانیم مورد کاوش و تحقیق قرار دهیم.

به بیان آخر چنانچه استنصاع را قراردادی مستقل دانستیم قطع به یقین نمی‌توان احکام آن را مندرج در احکام سایر عقود من جمله جعاله بیان کرد لکن اگر استنصاع را قراردادی مستقل اخذ نکردیم و تفاوت‌های آنرا ویژگی عنوان دانستیم نه ملاک تحقق عقد، آن وقت مسئله در این قرار می‌گیرد که آیا می‌شود قرارداد استنصاع را تحت یکی از عقود اسلامی نظیر جعاله مندرج کرد و در قالب آن قرارداد

یعنی از او درخواست کرد آن را برایش بسازد». تعبیر کرده‌اند (مصطفی و دیگران، ۱۹۸۹، ۵۲۵). بنابراین هر سفارش ساختی از نظر لغوی استصناع محسوب می‌شود.

استصناع در اصطلاح به قراردادی اطلاق می‌گردد که دو طرف کارفرما (سفارش‌دهنده) و پیمانکار (انجام‌دهنده) خواه حقیقی و خواه حقوقی منعقد می‌شود که بر اساس آن باید محصولی تولید شود و یا پروژه‌ای با ویژگی‌های مخصوص به خود انجام شود که طرف پیمانکار یا همان انجام‌دهنده کار باید در قبال اخذ مبلغ مورد توافق که پرداخت نقد و اقساط آن نیز تابع قرارداد و به تناسب پیشرفت و جلو رفت کار و پروژه طبق زمان‌بندی مشخص پروژه را تحویل نماید. هم-چنین پیمانکار یا همان انجام‌دهنده باید مواد اولیه و لازم و کالای ضروری جهت اجرای مفاد قرارداد و ساخت پروژه را نیز تهیه کند خواه مباشرتا و خواه غیر مباشره‌ای و در زمان مورد توافق آن را به کارفرما تحویل نماید. و از سوی دیگر بر کارفرما هم لازم است که در صورت انجام صحیح مفاد قرارداد از سوی پیمانکار و تحویل پروژه بر اساس آنچه که مورد توافق بود پروژه را تحویل بگیرد (نظرپور، ۱۳۹۰، ۱۲۴).

۵-۲. ارکان عقد استصناع

با توجه به تعریف؛ ارکان عقد استصناع عبارت‌اند از:

۵-۲-۱. نیاز به ایجاب و قبول

استصناع یک عقد است و هر عقدی نیاز به ایجاب و قبول دارد. ایجاب و قبول در اصطلاح علم حقوق،

سفارش ساخت یکی از قراردادهایی است که سابقه طولانی در معاملات بین مردم دارد و معلوم گردیدن ماهیت آن از نظر فقهی و حقوقی موجب می‌شود بقیه احکامی که به تبع این مسئله مطرح می‌شوند نیز روشن گردد. بانک مرکزی در چند سال اخیر این قرارداد را عقدی لازم دانسته است و در نتیجه احکام عقود لازم را در اینجا جاری کرده است؛ درحالی‌که به نظر می‌رسد این برداشت صحیح نیست و نقدهای متعددی بر این دیدگاه وارد است و اگر این قرارداد در قالب جعاله واقع شود هم غرض از آن حاصل خواهد شد و هم اشکالات وارده در فرض عقد لازم بودن پیش نخواهد آمد.

۵. بحث

در این قسمت مبانی نظری پژوهش مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱. مفهوم کاوی عقد استصناع

استصناع در لغت از ماده «صنع» به معنای ساختن و از باب استفعال مصدر «إستصنع» به معنای طلب ساختن است. برخی اهل لغت آن را چنین معنا کرده‌اند: «إستصنع الشيء أي دعا إلى صنعه، و أصله صنع يصنع صنعا؛ شيء را به استصناع داد، یعنی سفارش ساخت آن را داد و ریشه آن از فعل ماضی ثلاثی مجرد، صنع و مضارعش، يصنع، و مصدر آن، صُنِع، می‌باشد» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۷، ۲۹۱) بعضی دیگر از آن به «إستصنع فلانا كذا، طلب منه أن يصنعه له؛ به فلانی برای ساخت چیزی سفارش داد

۵-۲-۳. اوصاف کالا

یکی از شرایط عوضین در معاملات، معلوم بودن مورد معامله است که برای آن به حدیث نبوی نفی غرر (حرّ عاملی، بی تا، ۱۷، ۴۴۸) استناد کرده‌اند که در آن از بیع غرری، یعنی بیع مشتمل بر غرر ناشی از جهل به مورد معامله، نهی شده است (خمینی، ۱۳۶۸، ۳، ۲۴۳)، بر اساس ماده ۲۱۶ قانون مدنی ایران نیز مورد معامله نباید مبهم باشد. به نظر فقها این حکم اختصاص به عقد بیع ندارد و مجهول بودن مورد معامله در عقود دیگر، از جمله اجاره، هم موجب بطلان عقد می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۷، ۱۴۸).

با توجه به اینکه استصناع یک نوع عقد است، ضرورت دارد که از یک سو، اوصاف کالا یا ویژگی‌های پروژه مورد نظر به روشنی تبیین گردد، به گونه‌ای که هیچ ابهام و جهالتی در بین نباشد تا غرر به وجود نیاید. در صورت عدم مشخص بودن دقیق کالا، سبب جهل در مورد معامله است و جهل در موضوع معامله نیز سبب بطلان آن است.

از سوی دیگر، مبلغ قرارداد هم باید معین باشد؛ ولی لازم نیست در مجلس عقد پرداخت شود بر خلاف سلم، بلکه می‌توان بخشی را بیعانه و قبل از شروع کار و باقی مانده را به تناسب پیشرفت فیزیکی کار یا مستقل از آن با زمان‌بندی خاص و یا به‌طور کامل به صورت اقساط به سازنده یا پیمانکار پرداخت کرد.

عبارت است از چیزی که نشانگر قصد و اراده طرفین قرارداد باشد. بنابراین هر قراردادی با ایجاب و قبول منعقد می‌شود (قانون مدنی، ماده ۳۳۹) که این ایجاب و قبول حکایت از قصد و اراده بایع و مشتری برای انعقاد قرارداد دارد (صفایی، ۱۳۸۴، ج ۲، ۶۴). در عقد استصناع، پیمان‌کار و کارفرما، نسبت به تولید یک کالا یا خدمات نسبت به هم تعهد می‌نمایند. یعنی دو طرف عقد که قصد و اراده تولید کالا یا خدمات دارند، موجود است. لذا احتیاج به دو طرف اعم از حقیقی و حقوقی و ایجاب و قبول و داشتن شرایط عمومی قراردادها مانند عقل، اختیار و بلوغ طرفین می‌باشد. زیرا ایجاب و قبول هم در نظام فقهی و هم نظام حقوقی اسلام، حکایت از قصد و اراده طرفین دارد.

۵-۲-۲. موضوع قرارداد

در عقد استصناع کالا یا خدمات در زمان قرارداد معدوم است و مقصود از قرارداد، تولید و ایجاد آن است؛ به عبارتی، موضوع قرارداد تولید چیزی است که معدوم است. لذا موضوع قرارداد، آن شیء معدوم نیست؛ بلکه تولید آن شیء معدوم است. از این رو عقد استصناع در خصوص مواردی است که از قبیل ساختن باشند و بتوان آنها را تولید و یا ساختن لکن در خصوص کالای طبیعی مانند صیفی جات و ... اطلاق نمی‌شود، گرچه شاید به اعتبار تولید محصول بسته بندی شده و یا فراوری نمودن آن استصناع را نیز در خصوص موارد این چنینی صحیح دانست و اطلاق نمود (شهیدی، ۱۳۸۷، ۳۲۹).

۵-۲-۴. مواد اولیه

ترکیبی از وکالت، بیع و اجاره ۵- دستمزد در برابر کار(مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ۲۱۲).

هر یک از این حالات لوازم فقهی خاص خود را دارد. لذا ضرورت دارد که ماهیت این نوع از قراردادها به درستی شناخته شود. البته از این حیث که در این تحقیق قرارداد مورد نظر جعاله است به موارد دیگر صرفا اشاره شده و به صورت جدا پرداخته نمی‌شود.

مقصود از مواد اولیه آن لوازمی است که برای انجام پروژه باید از طرف پیمانکار آماده شوند و کارفرما هیچ‌گونه مسئولیت و نقشی در تهیه آن‌ها ندارد البته نوع و ویژگی‌هایی که در مورد مواد اولیه باید مدنظر پیمانکار قرار بگیرد عینا تابع شرایطی است که در متن عقد و قرار داد توسط طرفین مشخص و امضا می‌گردد.

۵-۳-۱. استصناع به مثابه یک عقد مستقل

مقصود از اینکه برخی از فقها استصناع را به مثابه عقد مستقل می‌دانند این است که استصناع را همانند سایر عقود اسلامی یا عقد لازم می‌دانند که برای همه ی طرف های عقد رعایت مفاد آن ضروری و الزامی و غیرقابل برگشت است. استقلالی که برای این نوع عقد فقها متصور هستند به دو صورت قابل ترسیم است.

۵-۲-۵. مستصنع و صانع

مقصود از مستصنع در عقد استصناع آن فرد حقیقی یا حقوقی است که انجام پروژه و ساخت کالای مورد توافق را به فردی واگذار و سفارش می‌دهد در واقع مستصنع کارفرما و تحویل گیرنده کار است و مراد و مقصود از صانع طرفی است که متعهد انجام پروژه و تحویل کار طبق قرارداد و شرایط مندرج در آن است البته لازم نیست که صانع خود مستقیما و مباشرتا انجام‌دهنده و سازنده کار باشد بلکه می‌تواند در قالب عقد دیگری کار را به دیگری واگذار نماید مانند عقد جعاله موازی که فرد وام‌گیرنده که عامل در جعاله اول است به واسطه وکالتی که از بانک(عامل اول) دارد انجام کار را به عامل دوم واگذار می‌کند(الزحیلی، ۱۷۸۹، ۶۳۱).

۵-۳-۱-۱. عقد مستقل متمایز از عقود دیگر

فرض نخست در عقد استصناع نوعی قرارداد مستقل است که نسبت به قرارداد بیع و اجاره تفاوت دارد، در این نوع از قرارداد، پیمانکار که همان اجرا کننده عقد است نسبت به اجرای مفاد قرارداد(ساخت و تحویل) در قبال کارفرما مسئول می‌باشد و کارفرما نیز نسبت به پرداخت مبلغ قرارداد در حق پیمانکار متعهد و مسئول می‌باشد(هاشمی، ۱۳۷۸، ۶).

۵-۳. ماهیت استصناع از نظر فقهی

به این فرض متصور در استصناع اشکالاتی مطرح می‌باشد؛ اول آنکه مفهوم استصناع مفهوم تکوینی است نه یک مفهوم اعتباری انشایی از قبیل بیع لذا

در خصوص ماهیت عقد استصناع در فقه احتمالاتی از قبیل ۱- بیع ۲- اجاره ۳- عقدی مستقل ۴-

روبه‌رو ملتزم به پرداخت مبلغی شود، باید چنین قرارداد و عقدی را از عقود لازم الوفا حساب کرد در صورتی که قاطبۀ فقها این نوع التزام ها را از موارد غیر الزامی می‌دانند (مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ۲۱۲).

۵-۳-۲. استصناع به مثابه بیع

جمعی از فقها (هاشمی، ۱۳۷۸، ۶) برای تحقق عقد استصناع در این حالت سه صورت را فرض می‌کنند؛ بر مبنای این فقها استصناع و قرارداد ساخت یک مفهوم و عنوان کلی می‌باشد که از سایر قراردادهای انتزاع می‌شود و نه از یک نوع، مثل عناوینی چون عهد، مبادله، عقد و ... که هر یک از صور مختلفی را شامل می‌شود.

۵-۳-۱. مالکیت قطعی

این نوع قرارداد در قالب مالکیت قطعی و بدون مترتب شدن بر مسئله و حالتی صورت می‌گیرد یعنی بدون هیچ‌گونه انتظار و شرطی مالکیت قطعی اتفاق می‌افتد. در این فرض دو حالت متصور است؛ یا قرارداد خرید و فروش یک قرارداد شخصی است مانند اینکه فردی خانه نیمه‌سازی را می‌خرد مشروط به اینکه فروشنده قبل از تحویل ملک آن را کامل کند و به‌صورت کامل تحویل دهد، این نوع از مصادیق قراردادهایی با شرط است که خریدار در ضمن عقد شرط می‌کند که فروشنده ملک را مثلاً تکمیل کند و به خریدار تحویل دهد. صورت و فرض دوم این است که مورد معامله کلی است و در هنگام قرارداد وجود ندارد، در این صورت گرچه قرارداد شبیه

معنا ندارد که با همان تعریف لغوی خود منشا عقد مستقل باشد؛ بلکه ضروری است این مفهوم استصناع به مفهوم اعتباری دیگری مثل اجاره برگردد (همان). البته این اشکال را می‌توان با این تقریر که اشکالی ندارد یک مفهوم تکوینی به واسطه یک سنخیت و علاقه به یک مفهوم انشائی دیگر برگردد پاسخ داد. مثلاً در بیع و اجاره که هر دو مفاهیم تکوینی می‌باشند به یک عنوان خارجی اطلاق می‌گردند. اما به خاطر وجود رابطه سبب و مسبب، به سبب آن‌ها که یک امر انشائی است نیز اطلاق شده است.

۵-۳-۱-۲. عقدی در ضمن عقود دیگر

حالت دوم این است که عقد استصناع بدین صورت قرارداد شود که قراردادی قطعی منعقد شود که پیمانکار یا همان انجام‌دهنده کار، پروژه مورد نظر را مثلاً تولید و یا بسازد و بعد از تولید آن کالا را به کارفرما و سفارش دهنده کار بفروشد؛ البته درست است که این نوع قرارداد را بیع نمی‌گویند لکن عمومات دلیل اوفوا بالعقود آن را در بر می‌گیرد. لذا بر طبق این قرارداد بر هر دو طرف (کارفرما و پیمانکار)، التزام به متن و محتوای مندرج در قرارداد واجب می‌شود (همان)؛ در حقیقت دو التزام و دو تعهد در کنار هم قرار گرفته و لازم‌الاجرا می‌شوند.

به این صورت از تصور عقد استصناع نیز اشکال مطرح است و نمی‌توان قبول کرد که تنها با بیان و قبول کردن این نکته که در عقدی وقتی التزامی در دو طرف عقد باشد آن عقد و قرارداد صحیح نمی‌باشد بلکه بر مبنای منتهج فوق‌الذکر اگر فردی مثلاً ملتزم به این شود که زمینی را بسازد و در مقابل طرف

پیمانکار متوجه می شود هیچ گونه مسئولیتی نداشته باشد؛ درحالی که عرفا کارفرما در خصوص خسارت وارده مسئول است اینکه هم می گوییم عرفا کارفرما مسئول خسارت وارده است به دلیل تحلیل معنای استصناع بر اساس اجاره است؛ نه بر اساس بیع (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ۱۲).

۵-۳-۲-۲. معاهده غیر قطعی

در این صورت، استصناع در قالب یک معاهده غیر الزام آور و غیر قطعی می باشد، به این صورت که کارفرما بیان می کند: این کالا را برای من تولید کن و یا این محصول را بساز؛ البته من قول قطعی به خرید آن نمی دهم؛ بلکه اگر ساختی و مورد پسند من بود از تو خریداری می کنم. یا مثلا پیمانکار بگوید: من قول قطعی به ساخت نمی دهم اگر ساختتم و محصولی که می خواهی را تولید کردم به تو مراجعه می کنم و این محصول را مثلا به تو خواهم فروخت. همانطور که معلوم است در این نوع قرارداد آنچه که رد و بدل می شود تنها وعده دادن است و هیچ گونه تعهد الزامی فی مابین دوطرف وجود ندارد و اساس دو طرف هیچگونه تعهد قطعی به هم نمی دهند لذا عموماً قاعده اوفوا بالعقود اینجا را در بر نمی گیرد (رئسی، ۱۳۷۰، ۱۴۲).

۵-۳-۳. استصناع در قالب اجاره

در این حالت عقد استصناع، را اجاره و یا مانند آن فرض می کنند، کارفرما، پیمانکار را برای تولید و یا انجام پروژه ای که مورد توافق طرفین می باشد اجاره

قراردادهای سلم و سلف است لکن به دلیل اینکه تمام ثمن و مبلغ بیع در ابتدا و هنگام قرارداد پرداخت نمی شود نمی شود آن را در ذیل قرارداد سلف به حساب آورد لکن شاید بتوان آن را یک قرارداد بیع مستقل دانست. هم چنین نمی توان آن را از جنس قراردادهای «دین به دین» حساب کرد، زیرا مراد از دین به دین آنجایی است که دو طرف قرارداد قبل از عقد و معامله دین باشند درحالی که در فرض ما این گونه نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ۵۷۱).

در هر دو فرض مطرح اشکالاتی وارد است. در صورت اول اشکالی که مطرح می شود این است که عرف مرادشان از استصناع غیر از آن چیزی است که در فرض اول مطرح می شود در واقع مراد از استصناع در نزد عرف این است که پروژه و یا مثلا زمینی که در حال حاضر ساخته نشده را برای تولید و یا ساختن سفارش داد یعنی ملک و پروژه در هنگام عقد وجود ندارد؛ درحالی که در فرض اول ملک وجود دارد منتهی به صورت نیمه ساز. اما در خصوص صورت دوم باید گفت که این صورت علی المبنای اشکال است و فقها بر این قائل هستند که اساساً نمی شود چنین عقد و قراردادی را بیع مستق دانست به هر حال با فرض قبول مبنای قائلین به صورت دوم می گوییم: اگر تحلیل و فرض مطرح صحیح باشد بر طبق آن ملزم نمودن پیمانکار به ساخت پروژه و کالا چه وجهی دارد الا اینکه در هنگام قرارداد شرط ضمن عقدی در این خصوص بیان شود. مضافاً به اینکه تعریف و جریان دادن معنای استصناع بر اساس بیع مستلزم آن است که چنانچه بعد از پایان قرارداد باطل بودن قرارداد و بیع منکشف شود کارفرما در خصوص ضرری که از جانب رکود و عدم فروش کالا به

که کارفرما به پیمانکار برای تولید محصول و یا کالا وکالت بدهد. نکتهٔ دیگر اینکه لازمهٔ این قول این است که اولاً باید مواد اولیه حتی قبل از خرید، جزو مایملک کارفرما باشد و در صورت تلف و از بین رفتن و یا هر گونه آسیبی که بر این مواد وارد شود ضامن آن کارفرما خواهد بود. ثانیاً چنانچه کارفرما حتی قبل از آغاز تولید و ساخت محصول از سفارش کالا منصرف شود لازم است که مبلغ مواد اولیه‌ای که پیمانکار خریداری نموده است را بپردازد زیرا که طبق این قول مواد اولیه ملک کارفرما می‌باشد. ثالثاً پیمانکار بدون اذن کارفرما حق هیچ‌گونه تصرف در مواد اولیه و تغییر آن‌ها را ندارد؛ در صورتی که این نوع الزامات با عقد استصناع منافات دارد. رابعاً بر طبق این قول چنانچه بطلان وکالت در تهیه و خرید مواد اولیه بعداً کشف شود کارفرما هیچ‌گونه تعهدی در خصوص کارهایی که پیمانکار انجام داده است ندارد. نتیجه اینکه این قول نیز مانند قول دوم تبادری را که قبل از آن بیان شد را معنا و تفسیر نمی‌کند(همان، ۲۱).

۵-۳-۵. عقد استصناع خرید را ضمانت کند.

قرارداد استصناع، سفارش محصول و ساختن است به صورتی که کارفرما متعهد و ضامن محصول تولید شده باشد. در این صورت پیمانکار متکفل تولید محصول است و در مورد مبلغ قرارداد کارفرما ضامن خواهد بود. کارفرما بعد از تولید، ضمن تملکش بر محصول تولیدشده متعهد به پرداخت مبلغ آن خواهد بود(مؤمن قمی، ۱۳۷۶، ۲۱۲).

قائل به این قول بیان می‌کند:

می‌کند، در این فرض کارفرما با توجه به اینکه در واقع سازنده را اجیر بر انجام کار کرده است مالک و صاحب محصول ساخته‌شده می‌باشد و محصول تولیدشده در واقع ملک کارفرما است.

تحلیل این نظریه بدین صورت است که وجه امتیاز اجاره در اینست که مبلغ ضمان کارفرما در مورد سفارش کالایی که داده را عیناً مشخص می‌کند به این دلیل است که در این نظریه گفته می‌شود که کار تولیدشده و محصول، ملک کارفرما است و باید ثمن آن را بپردازد؛ لکن مشکل در این است که ماهیت اجاره به تملک رسیدن منافع می‌باشد نه عین کالا. لذا به ناچار باید تملک کارفرما بر عین محصول تولید شده را توجیه کرد که مشکلات عدیده‌ای دارد(هاشمی، ۱۳۷۸، ۱۷).

۵-۳-۴. عقد استصناع در قالب یک عقد ترکیبی

در این قول عقد استصناع را ترکیبی از چند عقد می‌دانیم، به صورت طبیعی عقد استصناع این‌گونه می‌باشد که کارفرما به پیمانکار وکالت می‌دهد که لوازم و مواد اولیه محصول را برای او تهیه کند و محصول را به آن صورتی که او می‌خواهد برایش آماده کند بر این اساس قرارداد استصناع ترکیبی از: وکالت، خرید مواد اولیه با وکالت از طرف کارفرما و اجارهٔ پیمانکار برای تولید محصول البته آن‌گونه که کارفرما می‌خواهد و طبق قراردادی که هر دو طرف منعقد کردند لذا قرارداد استصناع ترکیبی از وکالت، بیع و اجاره می‌باشد این برداشت با تبادر از استصناع کاملاً مخالف است؛ زیرا که در عقد استصناع ضرورت ندارد

تفاوت ماهوی وجود دارد که به نقد و بررسی ادله این قول می‌پردازیم.

۴-۵. تمایزهای استصناع و جعاله

ویژگی‌های اختصاصی استصناع و جعاله سبب تفاوت‌های ماهوی بین این دو عقد شده و برای هر یک کارکرد منحصر به فردی را ایجاد کرده است در ادامه به تفاوت‌هایی که بین استصناع و جعاله مطرح است پرداخته و هر یک را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم.

۴-۵-۱. وجود صورت «شرطی» در عقد جعاله بر خلاف عقد استصناع

تفاوت بین جعاله و استصناع در این حالت موجب شده که عرفا در معاملات استصناع را با جعاله یکی ندادند و آن دو را در قالب دو عقد متفاوت منعقد می‌کنند، بدین صورت که در جعاله سفارش‌دهنده کار بیان می‌کند که اگر کسی فلان کار را مثلا برای من انجام دهد و یا فلان محصول را با ویژگی‌های مدنظر برای من تولید کند، در قبالتش من فلان مقدار مبلغ را می‌دهم یعنی عقد جعاله را با شرط منعقد می‌کنند لکن وقتی عرف بازار می‌خواهند قرارداد استصناع را تنظیم کنند، قراردادی را تنظیم می‌کنند که در آن هیچ‌گونه حالت شرط و انتظار وجود ندارد و یا توجه به ویژگی‌ها و شرایط خاص خودش منعقد می‌شود، در استصناع حتی برای دقت و حتمی بودن قرارداد جریمه تأخیر و دیرکرد در محصول و یا مبلغ قرارداد هم تعیین می‌شود به بیان دیگر از اصلی ترین

«انصاف آن است که توجیه پنجم را نیز نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا ضمان آمر در باب اعمال بیش از ضمان تلف و هدر شدن عمل انجام یافته خارجی نیست و به هیچ وجه شامل ضمان اعیان موجود خارجی نمی‌شود... این سخن بدان معنا است که درباب استصناع، ماده ساخته شده اگر به سبب دیگری مانند عقد بیع و امثال آن به سفارش دهنده تملیک نشده باشد، همچنان ملک سازنده باقی خواهد ماند و مجرد امر به ساختن آن برای تملیک آن به سفارش دهنده کافی نیست. آری، می‌توان پذیرفت که هرگاه آمر کالای ساخته شده را نپذیرد، امر او به ساختن کالا، موجب ضمان زیان‌ها و خساراتی است که به سازنده وارد می‌آید، زیرا این کار در حکم امر به اتلاف مال سازنده است» (هاشمی، ۱۳۷۸، ۱۷).

در نتیجه احتمالات ذکرشده همگی محل بررسی است و باید برای انطباق استصناع بر این احتمالات وجهی را پیدا نمود به همین جهت امکان دارد وفق شرایطی که در عقد استصناع می‌باشد، استصناع ذیل یکی از عقود تعریف و قرار بگیرد زیرا که ویژگی آن، عقدساز نیست؛ بلکه مورد ساز است برای نمونه اگر درخواست جاعل برای ساختن خانه که همان تولید و ایجاد آن است، «استعمار» بنامیم، دیگر دلیلی وجود ندارد که حتما دنبال انعقاد عقد تازه‌ای باشیم تا معاملات را که بر این اساس است توجیه نماییم و تحت عنوان عقد مستقل استعمار قرار دهیم.

هم اکنون یکی از قراردادهایی که به نظر ممکن است استصناع را ذیل آن تعریف و بیان کرد قرارداد جعاله است برخی از فقها بعد از تنقیح تفاوت‌های جعاله و استصناع، بیان می‌کنند که بین این دو نوع عقد

طرف عقد دارای تبعات و لوازمی است؛ لذا برای این خاطر است که وقتی بانک با فردی عقد جعاله را منعقد می‌کند با قرارداد لازم دیگری جعاله را برای طرف روبه‌رو لازم می‌کند تا فرد طرف روبه‌روی بانک جعاله را فسخ نکند.

این تفاوت هم مانند تفاوت قبلی در خصوص جعالة عام مطرح است و در حال حاضر آنچه در معاملات در حال وقوع و انجام است جعالة خاص است و ما در جعالة خاص به این معتقد هستیم که در آن یک ضمان مسمای ضمنی قرار دارد دلیل آن هم این است که در عقود جعاله‌ای که هم اکنون بین مردم در حال انجام است ضمانت اجرای آن و التزام به قرارداد به صورت ضمنی مورد فرض و توافق است البته ممکن است این بنای عقلایی را مخصص دلیلی دانست که شروط در ضمن عقود جایز را غیر واجب‌الوفاء دانسته، زیرا دلیل بر جایز بودن جعاله اجماع است و اجماع دلیل لبی است که باید أخذ به قدر متیقنش شود و قدر متیقن از اجماع صورتی است که بین دو طرف معامله چنین التزامی شرط نشده است (السبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸، ۲۲۶).

البته شرط ضمن عقد خارج از قرارداد به شرطی که آن عقد حتماً واقع شود و صورتی نباشد سبب می‌شود در مقام عمل، عقد جعاله با عقود لازم تفاوتی نکند.

۵-۴-۳. در جعاله بعد از پایان کار تملیک واقع می‌شود بر خلاف عقد استصناع

در قرارداد جعاله تنها بعد از پایان عمل تملیک اتفاق می‌افتد و نه در آغاز و نه حین عمل هیچ تملیکی اتفاق نمی‌افتد و همین مسئله سبب آن است که چنانچه

تفاوت در عرف بین عقد جعاله و استصناع در همین مسئله شرطی بودن است ممکن است هم به همین دلیل بین فقها در ایقاع بودن جعاله اتفاق نظر وجود دارد. لذا به این دلیل است که در جعاله پیمانکار التزامی به اتمام کار ندارد و می‌تواند حتی در اثنا عمل، کار را رها و انجام ندهد اما در استصناع این‌گونه نیست و پیمانکار در صورت انجام ندادن عمل جریمه می‌شود (نظرپور ۱۳۹۰، ۱۴۵-۱۴۳).

لازم به ذکر است که این صورتی که در خصوص جعاله گفته شد که در جعاله شرط داریم در خصوص جعالة عام و در فرض آن است که ما قائل به ایقاع بودن جعاله باشیم که در این صورت به محض اینکه پیمانکار انجام کار را قبول کرد، دیگر حالت شرطی بودن جعاله از بین می‌رود بنابراین موضوع شرط در جعاله به ماهیت آن ربطی ندارد؛ چون که اگر از مقومات و لوازم ضروری جعاله می‌بود نباید در هیچ حالتی شرط بودن از بین برود پس نمی‌توان فی الواقع این نکته مذکور را تفاوت اساسی بین جعاله و استصناع دانست؛ الا اینکه تنها موضوعی که باقی می‌ماند ممکن بودن رجوع عامل در قرارداد است که در حال حاضر، معمولاً حق رجوع جاعل یا عامل بواسطه‌ی شرط ضمن عقد خارج لازم، قابل سقوط است.

۵-۴-۲. جایز بودن فسخ جعاله و عدم جواز فسخ استصناع

در جعاله عامل می‌تواند و لو بعد از آغاز کار بدون دلیل و علت خاصی قرارداد جعاله منعقد را فسخ و باطل کند البته شکی نیست که فسخ جعاله برای دو

گاهی مجهول است، البته مشخص بودن مقدار و کیفیت کار در عقد استصناع به تحقق قرارداد جعاله ضرری نمی‌رساند.

فقها در خصوص معین و روشن بودن میزان و کیفیت عمل در قرارداد جعاله متفق هستند؛ البته مجمل بودن عمل به صورتی که در تحقق و انجام عمل خللی ایجاد نکند مانعی ندارد؛ لکن اگر دو طرف قرارداد تمایل داشته باشند می‌توانند در هنگام انعقاد قرارداد نسبت به همه جزئیات اعم از مشخصات کار و ویژگی‌های اختصاصی آن و همچنین نحوه پرداخت مبلغ توافق کنند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸، ۲۲۶).

البته این مطلب هم واضح است که حتی در عقد استصناع مقداری از اجمال در عمل وجود دارد؛ زیرا که کارفرما بر عملی که می‌خواهد تولید شود و سفارش داده آشنایی دارد؛ لکن از کیفیت آن و میزان دقیق مواد اولیه شناخت و علم ندارد. از طرفی پیمانکار نیز علاقه‌ای به بیان جزئیات و نحوه تولید محصول از طرف خودش را ندارد؛ چون به میزانی که جزئیات را مشخص کند و در متن قرارداد بیاورد در واقع دست خودش را محدود کرده است و تنها در بیان جزئیات به میزانی مطرح می‌کند که برای کارفرما و سفارش‌دهنده اطمینان ایجاد شود که محصول مد نظرش تولید می‌شود.

۵-۵. بیان عقد استصناع در قالب عقد جعاله

تملیک عین مهم‌ترین موضوع در قراردادهاست که در قرارداد استصناع مالکیتی صورت نمی‌گیرد. لذا به همین دلیل است که نمی‌توان ثمن و مبلغ قرارداد در قبال آن قرار بگیرد. حتی با نوجیه بیع سلف نیز

به هر دلیلی قرارداد فسخ و یا باطل شود در خصوص اتمام کار و انجام مفاد قرارداد هیچ مسئولیتی متوجه طرفین قرارداد نمی‌باشد لذا به همین علت است که در عقد جعاله برنامه‌ریزی برای تحویل کار و ی تولید محصول مشکل است

با توجه به مطالب گفته‌شده می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که بهترین قالب برای ساختن در املاک و یا تکمیل پروژه‌های عمرانی قرارداد استصناع می‌باشد زیرا که در جعاله تا پایان انجام پروژه هیچ‌گونه تملیکی اتفاق نمی‌افتد لکن در عقد استصناع به محض انعقاد قرارداد تملک صورت می‌گیرد، کارفرما متعهد به پرداخت مبلغ پروژه و پیمانکار نسبت به انجام پروژه و تحویل آن به سفارش‌دهنده متعهد می‌شود به بیان دیگر دو طرف قرارداد دو طرف تعهد را بین همدیگر مبادله می‌کنند.

اشکالات مطرح در خصوص توجیهات گفته‌شده عبارت‌اند از: ۱. در فرضی می‌توان این تقریر را قبول کرد که ما قائل به مستقل بودن قرارداد استصناع باشیم و از طرفی بشود فرض تعهدی که بین دو طرف وجود دارد را عقد حساب کرد که اشکالات آن بیان شد.

۲. در این توجیه بیان شده است که به محض انعقاد قرارداد در عقد استصناع تملک صورت می‌گیرد، اگر این میزان از تملک را ما کافی بدانیم چنین تملکی در عقد جعاله خاص نیز اتفاق می‌افتد

۳. موارد ذکر شده در خصوص جعاله در این تقریر با شرط ضمن عقد در انعقاد قرارداد قابل رفع است.

۴. در استصناع مقدار و کیفیت عمل حتما باید معلوم و روشن باشد، لکن در قرارداد جعاله گاهی معلوم و

به میزانی ولو اجمالی میزان عمل را می‌توان پیش-بینی کرد و ممکن است این میزان از جهل به لازم بودن عقد آسیب بزند. لذا یکی از موضوعاتی که سبب می‌شود عقد استنصاع را به عقد جعاله نزدیک کنیم این است که در جعاله ضرورتی به بیان جزئیات کار نیست حال در کارهایی که عملاً امکان مشخص کردن (نظیر پروژه‌های بزرگ شهری) همه جزئیات نیست. به نظر اگر در آن قرارداد در قالب جعاله تعریف شود اشکالات فقهی کمتری به آن گرفته می‌شود.

ثالثاً: هر آنچه در تعریف و تعهد قرارداد استنصاع شرط و لازم است در قالب قرارداد جعاله خاص محقق می‌شود.

۶. نتیجه

قرارداد استنصاع در نگاه نخست از مسائل به ظاهر مستحدثه و البته ریشه‌دار در تاریخ معاملات میان مردم است که در آن کارفرما از پیمانکار تولید کالا یا خدمات را طلب می‌نماید. با توجه به اینکه در فقه و حقوق بر اساس آثار یک قرارداد بر آن احکامی حمل می‌گردد، ضرورت دارد که ماهیت آن به درستی شناخته شود و بر اثر شناخت ماهیت، مقومات، لوازم و آثار آن به درستی شناخته خواهد شد. به عنوان مثال، اگر قرارداد استنصاع، نوعی وکالت باشد، با فوت کارفرما لغو می‌گردد و اگر از سنخ بیع باشد، پس از فوت کارفرما، می‌تواند به ارث برده شود.

با توجه به شواهد بیان‌شده در پژوهش بیان شد، استنصاع و احکام مترتب بر آن به جعاله نزدیک‌تر است و ارتکاز عقلایی از آثار آن نیز به آثار جعاله

نمی‌شود مبلغ را از طرف کارفرما قبول کرد؛ چرا که در مقابل مبلغ داده‌شده عوضی قرار نمی‌گیرد. در نهایت تنها پیمانکار، نسبت به تعهد کارفرما در خصوص تعهد پرداخت مالک می‌شود و می‌تواند به-صورت توافقی مقداری از مبلغ را در هنگام انعقاد قرارداد بگیرد، پر واضح است که این میزان از تعهد در قرارداد جعاله هم امکان تحقق و انعقاد را دارد مضافاً به اینکه در قرارداد جعاله می‌توان زمان‌بندی تحقق قرارداد را نیز مشخص کرد.

ماهیت جعاله اولاً این‌گونه است که دستمزد در برابر عمل به صورت مطلق این قرارداد به صورتی است که ظرفیت دارد مزد مشخص‌شده در آن مجهول و نامشخص باشد و ثانیاً در خصوص کار سفارش داده-شده این‌گونه است که هر عملی که در موضوع خدمات تعریف می‌شود در قالب قرارداد جعاله قرار می‌گیرد؛ چه اینکه آن کار ساخت ملکی یا انجام پروژه، تعمیرات، تولید محصول و... باشد همه این موارد را می‌توان در قالب جعاله تعریف و قرارداد را منعقد کرد.

لکن در خصوص عقد استنصاع چنانچه جعاله باشد از حیث مؤلفه‌ها و شرایط و چگونگی قرارداد همانند جعاله‌های است که در بانک‌ها وجود دارد و اشکالات مطرحه در سایر توجیهاات گفته‌شده اینجا وارد نخواهد بود چرا که:

اولاً: ویژگی جعاله آن است که تا وقتی که کار تحویل داده نشده ملکیتی برای سازنده ایجاد نمی‌شود.

ثانیاً: در قرارداد جعاله میزان عمل اهمیتی ندارد گرچه می‌تواند آن را مشخص کرد؛ اما اگر عقد استنصاع عقد لازم باشد حتماً باید برای انجام عمل

نزدیک تر است؛ البته تفاوت‌هایی نیز با جعاله دارد. در یک نگاه به نظر می‌رسد این نوع قرارداد، دارای ویژگی‌های خاص خود بوده است و بتوان آن را در قالب یک عقد غیر معین قرار داد؛ ولی در عین حال قابلیت دارد عقد معین باشد و در قالب یکی از عقود بیع، جعاله، اجاره و غیره قرار گیرد. برای اینکه معلوم شود در نهایت چه ماهیتی دارد می‌باید در هر کدام از شروط به صورت مستقل مورد بررسی واقع گردد تا امکان تطبیق یکی از عقود معین فوق بر آن معلوم شود؛ پس هر چند امکان تحقق آن در حالات مختلف در ذیل یکی از معاملات، می‌تواند حکایت از غیریت این قرارداد با عقود معین محتمل نماید و حکایت‌گر عقد مستقل مستحدث باشد. اما بررسی‌های فقهی نشان داد با تمام اشکالات وارد بر تطبیق عنوان جعاله بر استنصاع، اما این اشکالات قابل تصحیح بوده است و می‌توان به نوعی استنصاع را در ذیل جعاله خاص تعریف کرد. از این رو پیشنهاد می‌گردد قرارداد استنصاع در ذیل جعاله تعریف شود و از این حیث مشروعیت یابد.

۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین این پژوهش مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

منابع

مؤمن قمی، محمد، فصلنامهٔ فقه اهل بیت، شمارهٔ ۱۱، ۱۳۶۷.

موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، چاپ مهدی مهریزی و محمدحسین درایتی، قم، ۱۳۷۷.
نظرپور، محمدتقی، استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع، فصلنامهٔ فقه اهل بیت، شمارهٔ ۶۶ و ۶۷، ۱۳۹۰.

ابن‌منظور، محمدبن مکرم، لسان‌العرب، چاپ سوم، دار صادر، بیروت، لبنان، ۱۴۱۴ق.

اشرفی، غلامرضا، ایران قوانین و احکام، مجموعهٔ قوانین اساسی-مدنی، با آخرین اصلاحات و الحاقات، تدوین، تهران ۱۳۷۹.

انصاری، محمدعلی، الموسوعه الفقهیه المیسره، جلد ۲، مجمع دار الفکر، قم، ۱۴۱۵ق.

حرّ عاملی، محمدبن حسن، وسایل الشیعه، مؤسسهٔ آل‌البیت علیهم‌السلام لإحياء التراث، قم، بی‌تا.

خمينی، سيد روح‌الله، كتاب البيع، مؤسسهٔ مطبوعاتی اسماعیلیان، قم ۱۳۶۸.

رئیسى، مصطفى، جعاله در اقتصاد و حقوق ایران، دفتر تبلیغات حوزهٔ علمیهٔ قم، ۱۳۷۰.

الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۴، دارالفکر، دمشق، ۱۷۸۹ق.

سبزواری، سيد عبدالاعلی، مهذب الأحكام (للسبزواری)، ۳۰ جلد، جلد ۴، مؤسسهٔ المنار، دفتر حضرت آیهٔ الله، قم-ایران، ۱۴۱۳ هـ ق.

شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد ۱، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۸۷.

صفایی، حسین، حقوق مدنی، تهران، نشر میزان، چاپ سوم، جلد دوم، ۱۳۸۴.

مصطفی، ابراهیم و دیگران، المعجم الوسیط، دار الدعوة، استانبول، ترکیه، ۱۹۸۹.

